

■ 民国·比较法文丛

比较刑法纲要

许鹏飞 编著



商务印书馆
The Commercial Press

II 民国·比较法文丛

比较刑法纲要

许鹏飞 编著



 商务印书馆
The Commercial Press

2014年·北京

图书在版编目(CIP)数据

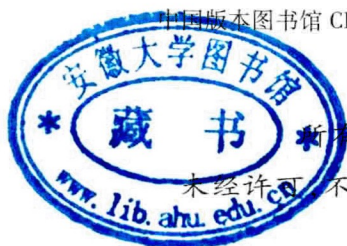
比较刑法纲要/许鹏飞编著. —北京:商务印书馆,
2014

(民国·比较法文丛)

ISBN 978-7-100-08891-6

I. ①比… II. ①许… III. ①刑法—比较法学—世界
IV. ①D914.01

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第013658号



所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

民国·比较法文丛

比较刑法纲要

许鹏飞 编著

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码100710)

商务印书馆发行

北京市白帆印务有限公司印刷

ISBN 978-7-100-08891-6

2014年8月第1版

开本880×1230 1/32

2014年8月北京第1次印刷

印张7 $\frac{1}{4}$ 插页1

定价:35.00元

华东政法大学法律史研究中心

勘校整理

主持人 何勤华

勘校人 孟红

国家重点学科华东政法大学法律史

学科建设项目资助

中国政法大学图书馆提供版本

总 序

比较法(法文 *droit comparé*, 英文 *comparative law*, 德文 *rechtsvergleichung*), 有时也称“比较法学”, 是指对不同国家或不同地区的法律理念、制度、原则乃至法律用语等进行比较研究, 发现蕴含在其中的一些共同性要素, 以实现各国、各地区之间法律的沟通、交流和融合, 使其获得更好地适用的一门学问。它既是一种法学研究的方法, 也是一个法学学科, 是近代西方社会进步、文化发达、法律昌盛的产物。

近代比较法诞生于法国。1869年, 法国创办了世界上第一个比较立法学会, 试图通过比较各国的立法经验, 来完善本国的法律制度。1900年7月31日至8月4日, 在法国举行的第一届比较法国际大会上, 与会代表提交了70余篇学术论文, 会议的召开宣告了比较法这一学科的诞生。1901年, 刑部大臣沈家本(1840—1913)奉命修律变法, 主持修订法律馆, 参照外国的经验建立和完善中国的法制, 许多外国的法典和著作被引入中国, 比较法开始了其在中国的旅程。

1912年, 中华民国政府建立后, 对比较法的研究十分重视, 出版了王宠惠的《比较民法概要》(1916年)、王家驹的《比较商法论》(1917年)、董康的《比较刑法学》(1933年)和王世杰、钱端升的《比较宪法》(1936年)等作品。与此同时, 日文汉字“比较法”

（“比较法学”）一词也被学界引入中国。除了专著以外，一些比较法译著也得以出版，如意大利学者密拉格利亚（Luigi Miraglia，1846—1903）的《比较法律哲学》（1940年版）等。在此基础上，中国近代的比较法学科开始形成。

在此过程中，有几件事情对中国近代比较法的发展和定型意义特别重大。一是该时期出版了一批比较法的著作，发表了一批比较法的论文^①。二是比较立法的事业有了进一步发展，从1912年至1949年，在比较各国立法得失的基础上，中华民国各届政府先后制定了《中华民国临时约法》，以及宪法、民法、刑法、刑事诉讼法、民事诉讼法、土地法、银行法等主要的法律。三是比较法教育有了显著发展，各公立、私立的法政专门学校和法学院，扩大了外国法律课程范围，并将比较法制史、比较法学概论、比较民法、比较刑法、比较司法制度等都定为选修课。四是创办了比较法学会与比较法研究的杂志。

正是在上述基础上，中国近代的比较法研究开始走向繁荣。这当中，有几部作品所起的作用特别巨大。比如，攻法子所著《世界五大法系比较论》（《政法学报》1903年第2期）和张鼎昌的《比较法之研究》（《中华法学杂志》新编第1卷第9号，1937年），对比较法的基本问题进行了阐述，因而奠定了比较法总论的框架体系和历史与理论基础；又如，李祖荫（民法）、王世杰（宪法）、许鹏飞（刑法）等人的研究成果，属于比较法各论的代表作品，它们的出版，构成了中国近代比较法各论的主要内容；此外，龚铖所著《比较法学概要》^②一书，虽然与当时出版的法学通论的内容大同小异，但

^① 根据笔者的统计，该阶段我国共发表比较法的论文约有150余篇。

^② 商务印书馆1946年。本书简化字版也由商务印书馆纳入《民国·比较法文丛》2012年出版。

它是中国近代唯一的一本以“比较法学”命名的著作,开了比较法总论专著之先河。

总体而言,民国时期的比较法研究,呈现出如下几个特点:第一,传统的法律比较与现代的比较法研究互相交叉;第二,比较法的发展与近代中国学习西方、模范列强的大背景息息相关;第三,受日本影响比较深,并在日本的引导下形成了中国近代的比较法(比较法学)学科;第四,比较宪法、比较刑法和比较民法等部门法的研究比较多,比较法总论性质的研究比较少;第五,比较法理论研究阙如,缺少比较法研究之概论性、总括性作品。在民国时期出版的40余部比较法著作中,总论性质的比较法著作只有上述龚铖所著的一部;第六,没有专门搞比较法的法学家,当时写有比较法的论著、对比较法研究作出贡献者基本上都是法理学、法史学或部门法学的学者,如梁启超、董康、程树德、杨鸿烈、吴经熊、王世杰、钱端升、王家驹、李祖荫、王宠惠、黄右昌、吴传颐、乐伟俊、朱志奋、许鹏飞、杨兆龙、白鹏飞和丘汉平等,没有一个纯粹搞比较法研究的学者;第七,对先进法律理念的崇尚和对先进法律制度的追求,成为贯穿于中国近代比较法研究中的一根主线。

1949年新中国建立以后,由于种种原因,比较法学一直不被重视,成为几乎被忘记的学科,20世纪50年代中国的法学杂志,如《政法研究》、《法学》、《政法译丛》等,极少刊登比较法方面的文章,即便是几篇刊登出来的文章,也往往以批判为主。这种局面持续了30年,直至1978年改革开放以后,比较法学才受到重视,获得了发展。1985年推出了龚祥瑞的《比较宪法与行政法》^①,1986

^① 法律出版社。

年,面世了上海市社会科学院法学研究所翻译的《各国宪政及民商法概要》(全6册)^①,1987年又出版了沈宗灵的力作《比较法总论》^②等。

20世纪80年代后期以来,在学界的努力下,我国的比较法学开始了较为迅速的发展。1988年,中国社会科学院法学研究所成立了比较法研究室,同年中国政法大学也成立了比较法研究所。之后,北京大学、华东政法学院、苏州大学、西南政法学院等,也都成立了比较法研究机构。1990年10月,中国法学会成立了比较法研究分会,沈宗灵、江平和刘兆兴依次出任了会长。自1979年北京大学创办《国外法学》之后,1987年中国政法大学创办了《比较法研究》,进一步推动了比较法研究的发展。比较法研究的著作和论文不断面世,优秀学者辈出,比较法学成为了我国法学领域中的一个重要学科。

改革开放30多年来,我国的比较法学虽然取得了长足的进步,但还存在着一些不足,除了高水平的作品还不多,研究队伍还比较弱小,政府和学界对它还没有足够重视之外,我们对历史上尤其是民国时期比较法研究成果的梳理、分析、继承和发扬光大方面,还做得非常不够,这不能不说是一个重要的遗憾。为此,在商务印书馆领导于殿利和政法室主任王兰萍,以及中国政法大学图书馆馆长曾尔恕的策划和鼓励下,我们从民国时期出版的40余种比较法著作中,精心挑选了一部分,陆续整理、勘校、解读后,予以重新出版。

① 法律出版社。

② 北京大学出版社。

在《民国·比较法文丛》整理、勘校和出版过程中,除了商务印书馆的全力支持之外,国家重点学科华东政法大学法律史研究中心、上海市社科重点研究基地华东政法大学外国法与比较法研究院对本丛书给予了项目经费资助,中国政法大学图书馆则为本丛书提供了原始版本。此外,我们还得到了各位勘校者以及相关专家的支持和帮助,对此,均表示我们诚挚的谢意。当然,对于丛书出现的各种问题或缺陷,则完全由我们承担责任,也希望广大读者谅解,并批评、指正。

何勤华

于华东政法大学
外国法与比较法研究院

2012年10月1日

凡 例

一、“民国比较法文丛”收录1949年以前法律学术体系中比较法研究的重点著作,尤以部门比较法居多。入选著作以名著为主,亦酌量选录名篇合集。

二、入选著作内容、编次一仍其旧,唯各书卷首冠以作者照片、手迹等。卷末附作者学术年表和题解文章,诚邀专家学者撰写而成,意在介绍作者学术成就、著作成书背景、学术价值及版本流变等情况。

三、入选著作率以原刊或作者修订、校阅本为底本,参校他本,正其讹误。前人引书,时有省略更改,倘不失原意,则不以原书文字改动引文;如确需校改,则出脚注说明版本依据,以“编者注”或“校者注”形式说明。

四、作者自有其文字风格,各时代均有其语言习惯,故不按现行用法、写法及表现手法改动原文;原书专名(人名、地名、术语)及译名与今不统一者,亦不作改动。如确系作者笔误、排印舛误、数据计算与外文拼写错误等,则予径改。

五、原书为直排繁体,除个别特殊情况,均改作横排简体。其中原书无标点或仅有简单断句者,一律改为新式标点,专名号从略。

六、原书篇后注原则上移作脚注,双行夹注改为单行夹注。文

献著录则从其原貌,稍加统一。

七、原书因年代久远而字迹模糊或纸页残缺者,据所缺字数用“□”表示;字数难以确定者,则用“(下缺)”表示。

目 录

第一编 绪论

第一章 概说	3
第一节 研究法律学的方法	3
第二节 比较法学的重要性	5
第三节 研究比较法学的方法	7
第二章 各国刑法的系统	10
第三章 古代民族刑法概述	13
第一节 埃及刑法	14
第二节 西伯来刑法	17
第三节 印度刑法	24
第四节 希腊刑法	30
第五节 罗马刑法	34
第四章 刑法之沿革	41
第五章 各国之现行刑法	49
(一)英国 (二)美国 (三)墨西哥 (四)法国 (五)西班牙	
(六)葡萄牙 (七)瑞士 (八)比利时 (九)卢森堡 (十)荷兰	
(十一)瑞典 (十二)挪威 (十三)丹麦 (十四)罗马尼亚 (十五)	
(十六)奥大利 (十六)爱斯郎德 (十七)芬兰 (十八)爱斯多利亚	

(十九)雷多利亚 (二十)立陶宛 (二十一)波兰 (二十二)德国
(二十三)匈牙利 (二十四)巨克斯拉夫 (二十五)捷克斯拉夫
(二十六)意大利 (二十七)希腊 (二十八)土耳其 (二十九)保
加利亚 (三十)亚拉伯 (三十一)苏俄 (三十二)埃及 (三十
三)日本 (三十四)韩国 (三十五)暹罗 (三十六)阿根廷 (三
十七)乌拉圭 (三十八)巴西 (三十九)智利 (四十)玻利菲亚
(四十一)秘鲁 (四十二)厄哥多尔 (四十三)哥伦比亚 (四十
四)委内瑞辣 (四十五)哥推马那 (四十六)巴拿马 (四十七)高
士特尼加 (四十八)古巴 (四十九)圣玛郎

第二编 总论

第一章 法例	75
第一节 罪刑法定	75
第二节 刑法关于时的效力	78
第三节 刑法关于地的效力	82
第四节 刑法关于人的效力	86
第五节 法人之刑事责任	88
第二章 刑事责任	90
第一节 故意	90
第二节 过失	91
第三节 错误	95
第四节 责任年龄	97
第五节 心神丧失及耗弱	101
第六节 酗酒	104
第七节 啞哑	106

第八节 依法律之行为	107
第九节 奉长官命令之行为	109
第十节 正当业务之行为	111
第十一节 紧急避难	111
第十二节 正当防卫	114
第三章 未遂罪	118
第一节 未遂之观念	118
第二节 未遂之种类	119
第三节 未遂罪之科刑	120
第四节 不能犯	122
第五节 中止犯	123
第四章 共犯	125
第一节 共犯之史的说明及其学说	125
第二节 各国共犯之制度	127
第三节 共犯之处罚	135
第五章 刑及保安处分	139
第一节 概说	139
第二节 刑罚	143
第三节 保安处分	169
第六章 累犯	178
第七章 数罪竞合	184
第一节 竞合罪构成的条件	184
第二节 数罪竞合之种类	186
第三节 竞合罪之科刑	187

第八章 刑之酌科	190
第九章 缓刑	193
第一节 缓刑制之演进	193
第二节 缓刑权及其制度	195
第三节 缓刑的条件	196
第四节 缓刑的期限	198
第五节 缓刑的效果	199
第十章 假释	200
第十一章 时效	206
新旧译名对照表	212
许鹏飞先生学术年表	孟红 217
在诠释与理论间求索 ——许鹏飞先生的比较刑法学贡献	孟红 220
编后记	239

第一编 绪论

